

bro 3: "Los que han forzado al difunto á hacer, ó no hacer una disposicion." El Código Austriaco, artículo 542: "El que ha forzado al difunto á hacer testamento, ó se lo estorbó obrando fraudulentamente para este efecto, ó ha suprimido el acto de su última voluntad."

El Código Sardo, artículo 702: "Cualquiera que ha impedido al difunto, que ya habia testado, hacer un nuevo testamento, ó revocar el ya hecho, ó ha suprimido, cancelado, falsificado el testamento posterior."

"Cualquiera que ha forzado ó inducido con dolo á hacer un testamento, ó á cambiarlo: estos tales no pueden recibir á virtud del mismo testamento ni del anterior." (Véase por esto que el Código Sardo habla únicamente de las herencias testamentarias).

La ley 26, y siguientes, título 1, Partida 6, y la 3, título 9, libro 3 del Fuero Real, conformes con lo dispuesto en todo el título 26, libro 29 del Digesto, y en el 34, libro 6 del Código, excluyen de la herencia legítima ó testamentaria al que embargó al difunto á hacer testamento ó cambiar el ya hecho; y ponen no solo el caso de haberlo estorbado por fuerza hecha al mismo difunto, sino al escribano y testigos, ó de haber estorbado con dolo ó en otra manera semejante que estos asistieran.

Se ha conservado esta legislación, que es tambien la del Código Austriaco, por parecer mas ajustada á la recta razon y á la moral: el dolo ó fuerza para impedir la asistencia del escribano y testigos, llamados por el difunto que queria testar, surten igual efecto que la fuerza hecha al mismo y merecen igual reprobacion y pena.

En cuanto á la sustraccion ó ocultacion del testamento, se halla así dispuesto en la ley 17, título 7, Partida 6, conforme con la 25, título 37, libro 6 del Código Romano; pues aunque una y otra hablan de las mandas ó legados, la razon es igual en las herencias. El Código Austriaco y el Sardo lo han estimado así en los artículos arriba copiados; y el de Vaud en su artículo 514 califica tambien de indigno "al que es conven-

cido de haber sustraído el testamento ó codicilo del difunto."

Sobre la fuerza ó violencia hecha para testar hay conformidad con las rúbricas del título 6, libro 29 del Digesto, y del 34, libro 6 del Código. "Si quis aliquem testari prohibuerit, vel coegerit: la hay con la 3, título 9, libro 3 del Fuero Real, y con la ley 26, título 1, Partida 6.

Esta disposicion es consiguiente á la regla general de que la fuerza ó violencia inducen nulidad en todos los actos; y así la vemos espresamente consignada en los Códigos de Nápoles, Cerdeña, Holanda, Austria y Baviera segun lo arriba espuesto.

Por el artículo 56 se ha restablecido la prohibicion de casar la viuda consignada en la ley 3, título 11, Partida 4, aunque la hemos limitado á diez meses. La dicha ley, tomada de la 1 y 2, título 9, libro 5 del Código, copió entre sus penas la pérdida de las arras, donaciones hechas por el difunto marido, y de cuanto este le dejó en el testamento.

La ley 1, título 2, libro 3 del Fuero Juzgo, trasladada á la 13, título 1, libro 3 del Fuero Real, contenia igual prohibicion bajo la pérdida de la mitad de los bienes: pero todas fueron derogadas por la recopilada 4, título 2, libro 10.

Restablecida la prohibicion, parecia consiguiente restablecer sus penas é imponer aquí á la viuda una indignidad parcial respecto de su marido: la Comision no lo tuvo por conveniente y habrá de estarse á lo dispuesto en el artículo 390 del Código penal.

Podria tambien dudarse si convendria establecer alguna especie de incapacidad ó indignidad parcial contra los celibatarios voluntarios á imitacion de la introducida entre los Romanos por la ley Julia Papia Popena; pero las penas establecidas en ella fueron ya abolidas por la ley 1, título 58, libro 8 del Código, y no podia pensarse en esto despues del Canon 10 de la Sesion 24 del Concilio de Trento; aunque puede muy bien sostenerse por el matrimonio, sin ser *melius ac beatius* que la virginidad y el celibato, es

mas útil al Estado, y por esto nuestras leyes Patrias los han fomentado y premiado, como se ve en la recopilada 7, título 2, libro 10, y en la 7, título 3 del mismo libro por lo dispuesto en sus tres últimos párrafos.

*Las causas de indignidad.* Concuerda este párrafo con los títulos 9, libro 34 del Digesto, y 35, libro 6 del Código. La ley 13, título 7, Partida 6, los imitó diciendo: "por las mismas razones que el heredero debe perder la herencia, por esas mismas perderian las mandas aquellos á quienes fuessen fechas." Lo mismo se lee en el Código Sardo, artículo 710, los motivos son iguales en ambos casos.

#### ARTICULO 618.

*Pierden tambien todo derecho á lo que se les hubiere dejado en el testamento, el tutor testamentario y el albacea que se escusen de admitir su respectivo encargo, ó que sean removidos por sospechosos despues de haberlo admitido (1).*

*Amittere id quod testamento meruit etc., eum placuit, qui tutor datus excusavit se a tutela;* ley 5, párrafo 2, título 9, libro 34 del Digesto: el que voluntariamente falta á la confianza del testador, no es acreedor á su liberalidad, que probablemente le fué hecha en atencion al mismo encargo con que se le gravó y honró: esta misma consideracion obra en los albaceas.

En el caso de ser removidos por sospechosos uno y otro, son mas culpables que en el de excusarse voluntariamente de su encargo: la ley 8, título 10, Partida 6, lo tenia así dispuesto del albacea removido por sospechoso: vé el artículo 740: otro caso parecido se encuentra en el 839.

#### ARTICULO 619.

*Todas las exclusiones por causas de indig-*

1. Por renuncia ó remocion de un cargo son incapaces de heredar en testamento, los que nombrados en él tutores, ó curadores, ó albaceas, hayan rehusado sin justa causa el cargo, ó por mala conducta hayan sido separados judicialmente de su ejercicio.—Lo dispuesto en la primera parte del artículo anterior, no comprende á los herederos forzosos en su porcion legítima, ni á los que, desechada por el juez la excusa, hayan servido el cargo.—Arts. 3446 y 3447, tit. 2, cap. 3, lib. 4. cód. civ. vigente.—N. de los EE.

*nidad cesan respectivamente si el testador las sabia al tiempo de hacer el testamento; ó si, habiéndolas sabido despues, las remitió en instrumento público (1).*

Doy por supuesto que este artículo solo es aplicable á los casos en que puede tener lugar la remision: la del número 2 del art. 617, "por ejemplo," como posterior á la muerte, no cabe en lo humano que sea remitida.

Ni en el Derecho Romano ni en el nuestro se halla previsto este caso; y solo podria ventilarse, si le es aplicable, ó no, la doctrina general sobre la remision tácita de las injurias.

Tampoco se halla previsto en el Código Frances, aunque puede realizarse en dos de sus tres causas de indignidad.

El Código Napolitano, artículo 650, dice: "El heredero que ha incurrido en la indignidad puede ser admitido á suceder, cuando el difunto le ha llamado espresamente (habilitado, relevado de ella): en el 651: "La rehabilitacion no puede resultar sino de un instrumento auténtico ó de un testamento hecho con plena libertad."

El Código Sardo, artículo 709, números 1 y 3, que vienen á ser los mismos de nuestro artículo 717, admite al heredero, cuando el testamento es posterior al delito ó acusacion, y el testador tenia noticia de ellos. Y bien puede decirse que en este caso hay tambien llamamientos ó perdon espreso.

Por el contrario el Austriaco, artículo 540, dice: "El que ha cometido un atentado contra el honor, la vida ó fortuna del difunto, etc., será indigno de suceder, mientras no resulte por algunas circunstancias que el difunto le perdonó."

1. Cuando la parte agraviada de cualquiera de los modos que espresa el artículo 3428, perdonare al ofensor, recobrará éste el derecho de suceder al ofendido por intestado, si el perdon consta por declaracion auténtica ó por hechos indudables.—La capacidad para suceder por testamento, solo se recobra si despues de conocido el agravio, el ofendido instituye heredero al ofensor ó revalida su institucion anterior, con las mismas solemnidades que se exigen para testar.—Arts. 3430 y 3431, tit. 2, cap. 3, lib. 4, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

Y el de la Luisiana, artículo 969, dice: "No son admisibles las acciones por causa de indignidad, si ha habido reconciliación ó perdon de la injuria de parte de quien la ha recibido."

Estos dos últimos Códigos no distinguen de remision expresa ó tácita y su disposición parece mas conforme á la doctrina general sobre injurias.

Pero esta doctrina se halla sujeta en su aplicacion á dudas y pleitos por lo equívoco del caso ó hecho de que se pretende deducir la remision tácita; y de ello encontramos abundantes ejemplares en los autores.

Ademas; la accion simple de injurias, como penal y dirigida á la venganza, es desfavorable y casi odiosa; el solo silencio de un año la fenece y hace presumir la remision tácita.

Pero aquí no se trata rigurosamente de venganza y pena, sino de captar lucro y enriquecerse con los bienes del difunto; y parece por lo tanto que debe constar de su expresa voluntad por un perdon ó espreso llamamiento posterior; como se establece en los Códigos Napolitano y Sardo: vé el artículo 670.

#### ARTICULO 620.

*Para calificar la incapacidad ó indignidad, se atenderá solamente al tiempo de la muerte de aquel á quien se trata de heredar.*

*Si la institucion ó legado fueren condicionales, se atenderá ademas al tiempo en que se cumpla la condicion.*

*El heredero y legatario que mueren antes de existir, ó cumplirse la condicion, aunque sobrevivan al testador, no transmiten derecho alguno á sus herederos (1).*

1. Para que el heredero pueda suceder basta que sea capaz al tiempo de la muerte del autor de la herencia.—Si la institucion fuere condicional, se necesitará ademas que el heredero sea capaz al tiempo en que se cumpla la condicion.—El heredero voluntario que muere antes que el testador, ó antes de que se cumpla la condicion, el incapaz de heredar, y el que renuncia la sucesion, no trasmite ningun derecho á sus herederos.—En los casos del artículo anterior, la herencia pertenece á los herederos legítimos del testador; á no ser que éste, haya dispuesto otra cosa ó que deba tener lugar el derecho de acrecer.—Arts. 3448 á 3451, tit 2, cap. 3, lib 4, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

Este artículo no se halla espreso en el Código Frances; pero su primera parte parece derivarse del 718, y la segunda del 1041.

El artículo 944 de la Luisiana dice: "Para la capacidad ó incapacidad de heredar *ab intestato* (nótense estas palabras), se ha de atender al tiempo de abrirse la sucesion:" el 545 Austriaco parece ser mas general, pues dice simplemente "para suceder ó heredar."

En cuanto á las herencias *ab intestato*, no puede ocurrir dificultad, pues no hay, ni puede haber mas de un tiempo, aquel en que se abre la sucesion ó herencia; pero en las testamentarias hay siempre por lo menos dos tiempos, el del testamento y el de la muerte del testador; y habrá por lo menos tres, cuando se ponga condicion.

En Derecho Romano era ademas necesaria la capacidad al tiempo de hacerse el testamento por la famosa regla Catoniana, *quod ab initio vitiosum est, non posse tractu temporis convalescere*; "ó lo que seria inútil, si el testador hubiera muerto al tiempo de hacer el testamento, no vale cuando quiera que aquel haya muerto;" ley 1 al principio, título 7, libro 34, y las 29, 201 y 210, título 17, libro 50 del Digesto; pero esta regla solo tenia lugar en las herencias y legados puros, no en los condicionales: así está espresamente dispuesto en el párrafo 4, título 19, libro 2, Instituciones, que ha sido copiado en la ley 22, título 3, Partida 6: por el rigor de esta regla la institucion de heredero hecha en un cautivo ó tráfuga no convalencia aun cuando en vida del testador hubiesen vuelto á su patria.

La ley 22, título 13, Partida 6, siguió el rigorismo Romano en los herederos no necesarios, pero lo mitigó en los necesarios ó *su-yos*, estableciendo que les bastara la capacidad al morir el testador, aunque no la tuvieran al hacerse el testamento.

Por esta sola escepcion se echa de ver que la regla Catoniana se fundaba mas bien en el rigorismo y sutileza de escuela, que en la razon y en la equidad. El testamento no

surte efecto alguno, ni crea derechos hasta la muerte del testador: esta es, pues, la sola época á que debe atenderse respecto del heredero ó legatario, puesto que ha sido favorecido igualmente por el testador en ambas á dos.

En este sentido se halla redactado el artículo 706 Sardo: "La incapacidad de los no concebidos, de los que han incurrido en la pérdida de los derechos civiles, ó del goce de ellos y la de los extranjeros, se considera al tiempo de la muerte del testador." "Pero se considera tambien el tiempo en que se verifica la condicion puesta por el testador cuando se trata de la condicion de que habla el artículo 825:" este artículo habla de una condicion que depende de un evento incierto, y sea tal, que, segun la mente del testador, no deba valer su disposicion sino en el caso de realizarse ó no realizarse el evento, y muere el heredero antes de realizarse la condicion: el artículo 1040 Frances habla de la misma y casi con las mismas palabras: nuestro artículo viene á ser en todas sus partes el Sardo citado.

*Condicionales*; porque, hasta que exista la condicion, los herederos y legatarios no adquieren derecho, aun despues de muerto el testador.

El Derecho Romano y Patrio exigian ademas la capacidad al tiempo de *adir* ó aceptar la herencia: Vinio, número 4, al párrafo 4, título 19, libro 2, Instituciones, prueba que los legisladores Romanos anduvieron inconsiderados al estampar esto, *mihi vero hoc inconsideratus dictum videtur*.

*El heredero y legatario*: vé el artículo 723 consagrado esclusivamente á lo mismo que aquí se dice de paso.

#### ARTICULO 621.

*La indignidad ó incapacidad relativas á una cosa ó persona, no se estiende á otra persona ó cosa.*

Es doctrina ó disposicion expresa del Derecho Romano, esplicada con muchos ejemplos de cosas y personas, que pueden verse en el Voet, libro 34, título 9, números 10 y 11, y en el Digesto de Sala, número 6: la

indignidad, como odiosa, es de estrecha interpretacion; el indigno de heredar á Pedro no lo es de heredar al heredero de Pedro: todos los Códigos modernos guardan silencio sobre el tenor de este artículo.

#### ARTICULO 622.

*El indigno ó incapaz que hayan entrado en posesion de los bienes contra lo dispuesto en los artículos anteriores, están obligados á restituirlos con todos los frutos y rentas que de ellos hayan percibido, y con las accesiones que hayan tenido los mismos bienes (1).*

En el 729 Frances, 652 Napolitano, 963 de la Luisiana, 531 de Vaud, 710 Sardo, 886 Holandes.

"Heredem qui sciens defuncti vindictam insuper habuit, fructus omnes restituere cogendum existimari, ley 17, título 9, libro 34 del Digesto. Heredes, quos necem testatoris inultam omisisse constiterit, fructus integros coguntur reddere. Neque enim bonæ fidei possessores ante controversiam illatam videntur fuisse, qui debitum officium pietatis scientes omiserunt," ley 1, título 35, libro 6 del Código: *quod bonæ fidei possessor fuisse non videtur*, dice de otro caso de indignidad la ley 18 del mismo título 9.

Las leyes Romanas son más latas y explícitas que los Códigos modernos, pues hablan de frutos, usuras y accesiones que no son

1. El que siendo incapaz de suceder, hubiere entrado en posesion de los bienes, deberá restituirlos con todas sus acciones y con todos los frutos y rentas que hubiere percibido.—La incapacidad no priva de los aumentos que por la ley corresponden, sino en los casos de las fracciones 1.ª, 2.ª, 3.ª, 6.ª, 7.ª, 8.ª y 11.ª del artículo 3428.—La incapacidad no produce el efecto de privar al incapaz de lo que hubiere de percibir, sino despues de declarada en juicio, á peticion de algun interesado; no pudiendo promoverla el juez de oficio.—No puede deducirse accion para declarar la incapacidad, pasados cinco años desde que el incapaz esté en posesion de la herencia ó legado.—Si el que entró en posesion de la herencia y la perdió despues por incapacidad, hubiere enagenado ó gravado el todo ó parte de los bienes, antes de ser citado en juicio de interdiccion, y aquel con quien contrató hubiera tenido buena fé, el contrato subsistirá; más el heredero incapaz estará obligado á indemnizar al legítimo de todos los daños y perjuicios.—Arts. 3452, y 3456 á 3459, tit 2, cap. 3, lib 4, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

propiamente frutos ni rentas; se ha adoptado el language Romano, que indudablemente está en el espíritu de todos los Códigos.

Las leyes 26 y 27, título 1, y la 17 y siguientes, título 7, Partida 6, solo dicen que el indigno "deve perder el derecho; pierda el derecho en cual manera quier."

Pero en la ley 4 y siguientes del título 14, Partida 6, se halla todo previsto; el tenedor de la herencia á buena fé no restituye sino los frutos percibidos, si existen; el de mala fé, todos los percibidos, y aun los que pudo y dejó de percibir: el primero, si enagenó alguna cosa de la herencia, solo devuelve el precio que recibió; el segundo está obligado á devolverla, si la puede haber en alguna manera, y, si no, debe dar tanto cuanto más pudiere valer.

Hago mérito de esto porque en los artículos 694 y 695 de la Luisiana se declaran válidas las ventas é hipotecas del heredero indigno, no habiendo fraude en el que las adquirió: el heredero cumple con devolver el precio.

En Derecho Romano y Patrio, por punto general, la herencia quitada á los indignos se aplicaba al fisco, aunque con la carga de las mandas y fideicomisos, leyes 12 y 16, párrafo 2, título 9, libro 24 del Digesto, y 13, título 7, Partida 6, sin que se admitiera al sustituto, ni hubiera lugar al derecho de acrecer, *nam poena illius (indigni), hujus præmium esse non debet*; ley 15, título 5, libro 29 del Digesto: abolida hoy la confiscación, este caso habrá de regirse por las disposiciones comunes sobre herencias, sus tituciones y derecho de acrecer: el artículo 20 Bávaro, capítulo 1, libro 3, sanciona la confiscación Romana, y lo mismo se infiere del 541 Austriaco.

#### ARTICULO 623.

*Si el excluido de la herencia por indignidad ó incapacidad es hijo ó descendiente del testador, y tiene hijos ó descendientes, tendrán estos derecho á la legítima del excluido, en el caso de haber otros herederos testamentarios.*

*Pero el excluido no tendrá el usufructo y administración de los bienes que por esta causa*

*hereden sus hijos (1).*

La primera parte de este artículo es contraria al Derecho Romano y Patrio, y á todos los Códigos modernos, salvo el Sardo; y, sin embargo, yo la hallo muy conforme á equidad y justicia, y la miro como una consecuencia forzosa de la base adoptada por la Comisión al tratarse de la desheredación, que fué propuesta por mí, aunque sin tener todavía noticia de la humana innovación del Código Sardo.

Todos los Códigos admiten á los hijos del indigno, cuando pueden heredar por su propio derecho y sin necesidad de representar á su padre: heredarán, pues, á su abuelo cuando no concurren con tíos hermanos de su padre indigno; si existen éstos, serán excluidos aquellos, pues no pueden concurrir con sus tíos, sino representando al padre indigno.

Esto se aplicaba y era consiguiente en el Derecho Romano porque la justa desheredación del padre perjudicaba á sus hijos: la Comisión abolió esto por motivos de justicia y de humanidad: *la falta es personal*, y no debe dañar al inocente.

Era, pues, de toda necesidad adoptar, para los casos de indignidad, lo establecido para los de desheredación: hay en ambas analogía, ó más bien identidad.

El Código Frances es inconsecuente; rechazó la desheredación *del hombre ó por testamento* en todos los casos, y admitió en algunos *la indignidad ó desheredación por el solo efecto de la ley*. Hay también inconsecuencia é inhumanidad en su artículo 730, fundado, como puede verse, en el discurso 54, en que las faltas son personales, y exclu-

1. El que herede en lugar del excluido, tendrá las mismas cargas y condiciones que legalmente se habian puesto á aquel.—El incapaz no tendrá el usufructo ni la administración de los bienes que, en los casos señalados en los artículos 3427, 3486 y 3634, correspondan á sus descendientes.—Los deudores hereditarios que fueren demandados, y que en ningún caso puedan tener el carácter de herederos, no podrán oponer al que está en posesión del derecho de heredero ó legatario la excepción de incapacidad.—Art. 3453 á 3455, cap. 3, tit. 2, lib. 4, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

yendo á pesar de esto á los nietos cuando concurren con sus tíos.

Tengo observado en el artículo anterior, que por Derecho Romano y Patrio, lo quitado al indigno se aplicaba generalmente al fisco: vé lo que sobre esto mismo espongo en el artículo 743.

El artículo 730 del Código Frances dice: "Los hijos del indigno, que vienen á la sucesión por su propio derecho (*de leur chef*), y sin el auxilio de la representación, no quedan excluidos por la falta de su padre;" en seguida niega á éste el usufructo en los bienes que por su exclusión hereden los hijos.

El Código Napolitano, artículo 635, el Honandes, artículo 887, y el de la Luisiana, artículo 967, concuerdan con el 730 Frances: el de Vaud contiene una limitación que no entiendo, á no ser que se aplique al caso de haber muerto el indigno antes de abrirse la sucesión.

El Código Sardo trata de los incapaces é indignos en la materia de testamentos, y dice en el artículo 711. "Si el excluido de la herencia como indigno es hijo ó descendiente del testador, y tiene hijos ó descendientes, aunque haya otros herederos escritos en el testamento, se deberá todavía á estos hijos ó descendientes la legítima que habria correspondido al excluido;" en la segunda parte priva á éste del usufructo legal de los tales bienes, y hasta del derecho de suceder abintestato á sus hijos en ellos: en el artículo 741 establece lo mismo para el caso de desheredación.

Se vé, pues, que el Código Sardo admite el derecho de representación, aun en vida del indigno, pero limitándolo á la legítima de éste.

El Código Austriaco, artículo 541, dice: "Los descendientes de los que se han hecho indignos de suceder no son excluidos si el indigno ha muerto antes que aquel á cuya sucesión son llamados." Luego viviendo el indigno serán excluidos; y, según la letra del artículo, podrá llevarse la consecuencia hasta el caso de no quedar otros descendientes del difunto que los de la línea del indigno.

El Código Bávaro, número 6, artículo 20, capítulo 1, libro 3, corta el nudo con una cruel sencillez: "Todas las herencias deferidas á personas indignas se aplican al fisco:" lo mismo, según dejo arriba notado, se hallaba establecido por punto general en nuestro Derecho y en el Romano.

En vista de tanta variedad y confusión resaltará más la sencillez y equidad de nuestro artículo que no es sino una consecuencia natural y forzosa, la material aplicación de la base adoptada para la desheredación vé el artículo 671 y el 673.

De todos los Códigos modernos, el solo consecuente y equitativo es el Sardo, pues, como he observado, lo mismo que establece para el caso de exclusión de los hijos por indignos en el artículo 711, lo repite en el 741 para el caso de desheredación, equiparando así ambas materias. Una sola diferencia advierto, que no alcanzo á justificar, y es que al desheredado le reserva derecho a los alimentos, y no hace la misma expresión en cuanto al indigno.

*Herederos testamentarios.* Como la incapacidad ó indignidad tienen también lugar en las herencias sin testamento, los hijos del incapaz ó indigno sucederán en ellas por las reglas generales del título siguiente, sin atenderse á la rigurosa legítima: pues que no les obsta la expresa voluntad del testador; vé lo expuesto en el artículo 743.

*Pero el excluido, etc.* Es consecuencia necesaria de la exclusión, pues quedaria eludida en parte sin la privación del usufructo.

#### CAPITULO V.

DE LA INSTITUCION Y SUSTITUCION DE

HEREDERO.

#### SECCION I.

DE LA INSTITUCION DE HEREDERO.

#### ARTICULO 624.

*El que no tiene herederos forzosos puede disponer en testamento de todos, ó de parte de sus bienes, por los títulos expresados en el ar-*